التعليق على المادة 124 مكرر وفق تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05 ـ 10 الموافق ل 20 يونيو 2005

الأستاذة فطيمي الزهرة
أستاذة مساعدة متعاقدة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سعد دحلب. بالبليدة

تمهيد

قام المشرع الجزائري بموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005 بإجراء تعديلات أساسية على هذا القانون مست خاصة الفصل الثالث من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان " العمل المستحق للتعويض " فقد مس التعديل هذا الفصل تقريبا في كل مواده، إذ أنه و من أصل 17 مادة، مس التعديل 15 مادة، ولعل أهم تعديل هو الذي قام من خلاله المشرع بنقل نظرية التعسف من المادة 41 من القانون المدني إلى المادة 124 مكرر منه، كما قام بإلغاء المادة 135 الخاصة بمسؤولية المكلف بالرقابة ، و أضاف مادتان لهذا الفصل و هما المادة 140 مكرر و 140 مكرر 1 الخاصتين بمسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة .

و قد ارتأينا تخصيص هذه الدراسة للتعليق على المادة 124 مكرر من القانون المدني وهي المادة التي تتناول نظرية التعسف في استعمال الحق و التي كان المشرع قد نظمها سابقا في المادة 41 من القانون المدني، و تهدف هذه الدراسة أصلا للإجابة عن مجموعة من الأسئلة و هي : لماذا هذا التعديل ؟و لماذا اختار المشرع المادة 124 مكرر؟ ثم ما هو الجديد الذي جاء به المشرع في هذا التعديل؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تقتضي منا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، المبحث الأول و ندرس فيه أسباب تعديل المادة 41 من القانون المدني، والمبحث الثاني نتناول فيه أحكام هذه النظرية بناء على هذا التعديل، و نختم الدراسة بتقييم موقف المشرع في هذا التعديل، وذلك بالتطرق لمواطن الصواب و مواطن الخطأ فيما ذهب إليه،و هو ما نتناوله تباعا فيما يلي :

المبحث الأول : أسباب تعديل المادة 41 من القانون المدني

لا يخفى على أحد أن المشرع الجزائري قد استمد أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق من القانون المدني المصري في المادة 5 منه[1] و التي تنص على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية :

أ ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير

ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر

ج ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة "

فجاء المشرع الجزئري و نقل هذه المادة بشكل يكاد يكون حرفيا في المادة 41 من القانون المدني، والتي جاء فيها " يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[2].

إلا أن المشرع الجزائري قد تعرض لانتقادات في طريقة تنظيمه لهذه النظرية بعضها يخص الجانب الشكلي و بعضها يتعلق بالناحية الموضوعية، وهو ما نتطرق إليه فيما يلي :

المطلب الأول : الانتقادات الشكلية

لقد لاحظ بعض شرّاح القانون المدني أن المشرع الجزائري قد ارتكب بعض الأخطاء الشكلية ترجع أساسا إلى المصطلح الذي أطلق على النظرية،و المكان الذي اختاره لها، و الذي كان من نتائجه أنه قطع التسلسل المنطقي لنصوص القانون المدني كما أنه زرع الشك حول مدى إمكانية انطباق هذه النظرية على الأشخاص المعنوية بذات درجة انطباقها على الاشخاص الطبيعيين و هو ما نتطرق إليه فيما يلي :

أولا ـ أن المشرع قد استعمل لفظ " التعسف " للدلالة عليه، بينما استعمل المشرع المصري عبارة " غير مشروع" و رأى بعض الفقهاء أن لفظ التعسف مبهم و واسع المدلول. و لو أن الدكتور فتحى الدريني يذهب مذهبا آخر لما رأى " أن المشرع الجزائري كان موفقا في اختياره تكييف استعمال الحق الذي ينحرف به صاحبه عن غايته بأنه تعسفي و لم يسلك مسلك التقنينات العربية في الصياغة،

حيث وصفته بأنه غير مشروع ، بحجة أن لفظ التعسف في نظرهم مبهم وواسع المدلول، و غاب عنهم أن الخلاف الذي شجر بينهم حول طبيعة التعسف كان منشؤه التعبير بلفظ " غير مشروع " و لو وصفوه بكونه تعسفيا كما فعل المشرع الجزائري لتفادوا خلافا هو أشد مما توقعوا من محظور وصفه تعسفيا ..."[3]

ثانيا ـ أنه اختار للنظرية المادة 41 من القانون المدني و هو المكان الذي انفرد به عن كل التشريعات التي نظمت نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ أنه و بدراسة هذه التشريعات نلاحظ أنها انقسمت إلى قسمين: قسم تناولها في باب المسؤولية التقصيرية، و اعتبرها مجرد تطبيق من تطبيقاتها كالقانون التونسي الذي تناول النظرية في الفصل 103 من الباب الثالث من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات و العقود تحت عنوان الالتزامات الناشئة من الجنح وما ينزل منزلتها فجاء في هذا الفصل " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه .

فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية " أو القانون المغربي الذي نظم النظرية في الفصل 94 من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات و العقود تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن الجرائم و أشباه الجرائم فقد نص المشرع المغربي في هذا الفصل على أنه " لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله

غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن يؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير و كان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته، من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجري الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه "

أو القانون اللبناني في المادة 124 و القانون الألماني المادة 226 والمشروع الفرنسي الإيطالي المادة 74 .

و قسم آخر تناولها في أولى مواد القانون المدني مثل القانون المدني المصرى في المادتين الرابعة والخامسة و القانون المدني السوري و الليبي كل منهما في المادة السادسة والقانون السويسري في المادة الثانية و القانون السوفييتي – في وقته ـ في المادة الأولى .وقد برر المشرع المصري اختياره لمكان النظرية بين النصوص التمهيدية للقانون المدني في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يلي " بيد أن المشروع قد أحل النص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية

من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ... فالنظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية، و إنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوزه إلى القانون العام .و لذلك آثر المشرع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما ، محتذيا مثال أحدث القنينات و أرقاها ... "[4]

أما المشرع الجزائري فلم يتأثر بأي من الفريقين و اختار للنظرية المادة 41 من القانون المدني، في الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان الأشخاص الطبيعية والاعتبارية و عرض موقفه بذلك إلى انتقادات شديدة

ثالثا - أنه نظم النظرية في الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان"الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية " و تناول النظرية في المادة 41 من الفصل الأول الذي عنونه ب "الأشخاص الطبيعية " و عنون الفصل الثاني ب " الأشخاص الاعتبارية " مما قد يفهم معه ولو ضمنيا، أن هذه النظرية لا تنطبق على الأشخاص الاعتبارية ، ما دام أنه خصص لها الفصل الثاني، والنظرية مدرجة في الفصل الأول و في ذلك يقول الدكتور نور الدين تركي أنه ما يجب أن ننتقد به المشرع هو أنه أدرج المادة 41 في الفصل المعنون ب " الأشخاص الطبيعية تاركا بذلك مجالا للاستنتاج و لو بطريقة ضمنية أن الأشخاص الاعتبارية و المخصص لها الفصل الثاني مستثناة من مجال تطبيق النظرية"[5]

رابعا - أنه حشر النظرية بين المادة 40 التي تحدد سن الرشد والمادة 42 التي تتكلم عن فاقد التمييز، و أنه قد أدى بذلك إلى قطع التسلسل المنطقي لهذه النصوص، التي تتكلم في مجملها عن أحكام الأهلية،على أنه لا توجد هنالك أي علاقة تربط بين هاتين المادتين و نظرية التعسف[6]

المطلب الثاني : الانتقادات الموضوعية

بالإضافة إلى الانتقادات الشكلية فإن الفقهاء قد وجهوا كذلك انتقادات موضوعية لموقف المشرع الجزائري لعل أهمها يرجع إلى أنه أهمل التطرق إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن الشخص إذا استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما قد يترتب على ذلك من ضرر يصيب الغير، وأنه حدد مجال النظرية تحديدا حصريا و أنه وقع في تناقض في مجال النظرية بين النصين باللغة العربية و الفرنسية و هو ما نتطرق إليه فيما يلي :

أولا- أن المشرع الجزائري و على عكس ما سار عليه المشرع المصري وكثير من التشريعات الأخرى لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير " لأن نظرية التعسف هي استثناء من هذه القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة، و لا يستقيم العمل التشريعي بتناول الاستثناء بمعزل عن القاعدة العامة وإلا كان الاستثناء مبتورا عن أصله ' فالصنعة التشريعية تقتضي إذا كانت هناك أصل يرد عليه استثناء أن يتم التطرق أولا للأصل ثم يتم تناول الاستثناء

ثانيا - أن المشرع قد حدد نطاق النظرية تحديدا حصريا في المعايير الثلاثة التي تناولها، وذلك باستعمال عبارة تفيد هذا المعنى، وهي عبارة " يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية ":فعبارة (الأحوال التالية) تفيد أن المعايير واردة علي سبيل الحصر و يكون المشرع قد حرم بذلك القاضي من إمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف أو حالات له، قد يكشف عنها التطبيق لم تكن تدر بخلد المشرع آن وضعه لهذه النظرية ويكون بذلك قد غل يد القضاء، وأعاق حريته في العمل الاجتهادي الذي قد يسد به نقص التشريع، أو يواكب به التطور الذي قد يعرفه المجتمع في هذا المجال"[7].

ثالثا - أن الفقرة الأولي من المادة 41 في النص باللغة العربية و التي تقضي ب " إذا وقع بقصد الإضرار بالغير " لا تتطابق مع نفس الفقرة من النص باللغة الفرنسية التي نصت علي أنه

s.il a lieu dans le seul but de nuire a autrui "

فالنص باللغة العربية أوسع مجالا من النص باللغة الفرنسية، إذ أنه لا يشترط " تمحض " قصد الإضرار بالغير، بل اشترط فقط أن يكون هناك هذا القصد، ولو توافرت معه عناصر أخرى اتجهت إليها إرادة صاحب الحق، كأن يهدف إلى تحقيق مصلحة لنفسه، بالإضافة إلى قصد الإضرار بالغير، وهذا المضمون تضيق به عبارات النص باللغة الفرنسية، و من ثم فإن النص باللغة الفرنسية لا ينسجم مع النص باللغة العربية إلا إذا حذفنا منه عبارة "seul " لأن هذه العبارة هي التي تضيق من نطاق هذا المعيار في النص باللغة الفرنسية. و يبدو أن النص الجزائري باللغة الفرنسية منقول عن المادة 5 من القانون المدني المصري، فيما عدا أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "يعتبر استعمال الحق تعسفيا " بينما استعمل المشرع المصري عبارة "يعتبر استعمال الحق غير مشروع".

و يقول الأستاذ فتحي الدريني في التمييز بين مجال هذا المعيار في القانون الجزائري و في القانون المصري " أن المعيار في القانون الجزائري في الحقيقة يتحلل إلى معيارين و هما :

1- تمحض قصد الإضرار ، وهذا يستلزمه نص الفقرة الأولى بطريقة الأولوية، و لا حاجة لقصره عليه

2- قصد الإضرار بالغير مصحوبا بقصد المنفعة أو المصلحة، خاصة إذا كان القصد الأول هو الحافز الرئيسي على العمل ... "[8]

وربما هذه الانتقادات هي التي دفعت بالمشرع الجزائري للتدخل بموجب القانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005 والذي نقل من خلاله نظرية التعسف من المادة 41 من القانون المدني إلي المادة 124 مكرر منه بعد أن أعاد صياغتها، و بذلك يكون المشرع قد أعاد بناء أحكام هذه النظرية من جديد مما يستلزم منا في هذا المبحث دراسة هذه الإحكام.

المبحث الثاني : أحكام نظرية التعسف بناء على التعديل الذي أجراه المشرع عليها

نتناول في هذا المبحث أحكام نظرية التعسف على ضوء هذا التعديل بالتطرق إلى معاييرها في المطلب الأول ثم نتطرق إلى دراسة طبيعتها القانونية في المطلب الثاني ذلك لأن المشرع لم يتوقف عند حدود نقل نظرية التعسف من المادة 41 إلى المادة 124 مكرر فقط، بل أنه أعاد صياغتها مما ترتب على ذلك أثارا بالنسبة لمعاييرها و بالنسبة لطبيعتها القانونية على حد سواء،و هو ما نتناوله فيما يلي :

المطلب الأول : معايير النظرية

لقد تناول المشرع في المادة 124 مكرر ثلاث معايير للنظرية معيار شخصي و معياران ماديان : كما أن الصياغة التي جاء بها أفادت بأن هذه المعايير ليست واردة على سبيل الحصر كما كان الشأن قبل تعديل القانون المدني، ونتناول فيما يلي هذه المعايير :

أولا - معيار قصد الإضرار بالغير

وهو المعيار الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة 124 مكرر بقولها " إذا وقع بقصد الإضرار بالغير " وهو معيار ذاتي يتحقق كلما ثبت أن صاحب الحق و هو يستعمل حقه قد اتجهت نيته للإضرار بالغير، حتى و لو قصد في الوقت ذاته تحقيق مصلحة لنفسه، فالضابط المعول عليه في هذا المعيار هو النية

السيئة لصاحب الحق، والتي تجعل استعماله لحقه تعسفيا ولو حقق بعد ذلك مصلحة لذات نفسه، فالعبرة بتحقق هذا المعيار إنما هي النية السيئة لصاحب الحق، و ما دام أنها اتجهت للإضرار بالغير، فإن التعسف يتحقق بغض النظر عما قد يتحقق من مصلحة لصاحب الحق بعد ذلك

وما يلاحظ على تنظيم المشرع الجزائري لهذا المعيار أنه لم يشترط " تمحض قصد الإضرار بالغير " كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري لما نص في الفقرة الأولى من المادة الخامسة على أنه " إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير " و هي نفس الصياغة التي كان قد نص عليها المشرع الجزائري في النص باللغة الفرنسية كما سبق توضيحه[9] على خلاف ما جاء به في التعديل الأخير من أنه أزال الاختلاف الذي كان موجودا بين النص باللغة العربية و اللغة الفرنسية[10] لما أقدم على إزالة المصطلح الذي كان يحدث الفرق بينهما و هو مصطلح " seul ".

و لا يخفى أن هذا المعيار كما هو واضح،هو معيار ذاتي شخصي، يصعب إثباته ما دام أنه يتعلق بنية صاحب الحق وقت استعماله لحقه، و نية صاحب الحق هي أمر نفسي داخلي لا يعرفه إلا هو، ولذلك قد يلجأ القضاء في اكتشافه هذا القصد، إلى بعض القرائن القضائية، منها على الخصوص عدم وجود مصلحة لصاحب الحق في استعماله لهذا الحق، أو تفاهة هذه المصلحة، فالذي يستعمل حقه من دون أن يجني من ورائه أي مصلحة، أو أن المصلحة التي يحققها قليلة إلى القدر الذي تبدو معه تافه بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير إنما يدل ذلك على أن استعمله لحقه كان بقصد الإضرار بالغير. فالرجل العادي لا يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، والرجل العادي لا يستعمل حقه إذا كان من شأن ذلك أن يصيب الغير بأضرار فادحة، و لا يعود عليه هو إلا بفائدة قليلة .

و ما تجدر إليه الإشارة هنا هو أن هذا المعيار هو المعيار الأول الذي طبقه القضاء الفرنسي، في حكم شهير له صدر عن محكمة استئناف كولمار بتاريخ 02 ماي 1855 و مما جاء في منطوقه " ... و من حيث أن المبادئ العامة تقضي أن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق، يبيح للمالك أن ينتفع به وفق هواه، و لكن استعمال هذا الحق، كاستعمال أي حق آخر يجب أن يكون هدفه استفاء مصلحة جدية و مشروعة، و أن مبادئ الأخلاق و العدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى لا تبررها أية منفعة شخصية، وهي تلحق بالغير أذى جسيما..."[11] وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصا قام ببناء مدخنة على سطح ملكه وثبت بعد ذلك أن هذه المدخنة لم يكن يقصد منها المالك تصريف الدخان، و إنما كان يقصد فقط حجب النور و الهواء على ملك جاره و لذلك قضى هذا الحكم بهدم هذه المدخنة

ثانيا ـ معيار اختلال التوازن بين المصالح[12]

وهو المعيار الذي تناوله المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون المدني بقولها " إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير." و هو معيار مادي لا يلتفت فيه القاضي إلى النوايا و المقاصد، بقدر ما ينظر إلى النتائج المترتبة عن استعمال الحق،وهي المصالح التي يجنيها صاحب الحق في استعماله حقه، والأضرار التي تصيب الغير من هذا الاستعمال فإذا كانت المصالح التي يحققها صاحب الحق قليلة الأهمية بالنظر للأضرار التي تصيب الغير بحيث تكون الأضرار راجحة عن المصالح،اعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله حقه، ومنع من هذا الاستعمال أما إذا كانت مصالح صاحب الحق هي الراجحة فأجيز ذلك الاستعمال و لا يعتبر صاحبه متعسفا فيه ولو ترتب عنه ضرر للغير، فالمعيار كما هو واضح يقوم بين الموازنة بين المصالح المتضاربة، مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه، ومصلحة الغير في منع هذا الاستعمال إذا كان سيترتب عنه أضار تلحق بهم، و على القاضي أن يجرى مقارنة بين هذه المصلحة و تلك الأضرار لتقرير ما إذا كان صاحب الحق متعسفا في استعماله، و هو يكون كذلك كلما تبين للقاضي أن الأضرار اللاحقة بالغير راجحة على المصالح العائدة لصاحب الحق. و يقول الدكتور بوبكر مصطفى أن هذا المعيار يعرف تطبيقات قضائية كثيرة، خاصة في مجالي الملكية و مضار الجوار، و من ذلك ما قضي به مجلس قضاء عنابة بالحكم بغلق نوافذ حمام فتحت بجانب أحد الفنادق مما جعل دخان المحركات يصل إلى غرف النزلاء الشيء الذي أصاب صاحب النزل بأضرار جسيمة نتيجة فقدانه لزبائنه[13] ويظهر أن القضاء في هذا الحكم قد أجرى مقارنة بين الأضرار التي أصابت صاحب الفندق من فقدان زبائنه نتيجة تسرب دخان المراجل و بخار الحمام، والمصالح التي تعود على صاحب المنزل من التهوية التي تذهب إلى بيته ولاحظ ان الاضرار التي تصيب صاحب النزل أكبر من المصالح التي تعود على صاحب البيت فيما لو أجيز له إبقاء هذه النوافذ مفتوحة، و لذلك أمر القضاء بغلقها.

و ما يجب أن نشير إليه أن المشرع الجزائري قد استمد هذا المعيار من الفقرة الثانية من المادة 5 من القانون المدني المصري إلا أنه أعاد صياغته بحيث أعطى له مجالا أوسع من المجال الذي أعطاه له المشرع المصري، فهذا المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه " إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها " ففي الوقت الذي يشترط فيه المشرع المصري لتحقق هذا المعيار، انهيار

التوازن بين المصالح التي تعود على صاحب الحق من استعماله حقه و الأضرار التي تلحق الغير فيما لو أجيز هذا الاستعمال، نجد أن المشرع الجزائري لا يشترط إلا اختلال التوازن بين هذه المصالح و تلك المضار، و هناك فرق بين الإنهيار و مجرد الاختلال[14] و في ذلك يرى الدكتور بوبكر مصطفى أن هذا " الاتجاه من تضييق هذا المعيار ضربا من إفراغ النظرية من محتواها الحقيقي، و تجريدها من هدفها في محاربة الاستعمال التعسفي للحقوق، بل يجعل هذا المعيار مجرد قرينة على تحقق معيار قصد الإضرار بالغير السابق الإشارة إليه"[15] كما أن هذا المعيار و بالوضع الذي هو عليه في القانون المصري، يمكن الاستغناء عليه بالمعيار الأول، لأنه لا يشكل بهذا الوضع إلا مبنى دون مضمون و لا معنى[16].

هذا و نشير هنا أنه و بالرغم من أن المشرع الجزائري و بالمقارنة مع المشرع المصري قد أعطى لهذا المعيار نطاقا أوسع، إلا أنه قد ارتكب خطأ في الصياغة لما استعمل مصطلح إذا كان يرمي إلى تحقيق مصالح قليلة الاهمية ... فعبارة " يرمي " و التي تعني يهدف أو يقصد، قد تدفع إلى القول بأن هذا المعيار هو كذلك معيار نفسي أو ذاتي، ما دام أن ظاهره يوحي بأنه لمعرفة ما إذا كان هناك تعسف يجب البحث في مقصد صاحبه و ما إذا كان يهدف إلى تحقيق مصالح قليلة بالنظر للأضرار التي ستلحق الغير،وهذا يدفع بنا للبحث في نفسية صاحب الحق، ولتجاوز ذلك كان يجب في اعتقادنا على المشرع أن يستعمل مصطلح يجرد هذا المعيار من كل إيحاء بأنه نفسي أو ذاتي كاستعمال عبارة "إذا كان سيؤدي إلى تحقيق مصالح قليلة بالنظر الأضرار التي ستلحق الغير" أو " إذا كان من شأن هذا الاستعمال أن يؤدي إلى تحقيق مصالح قليلة بالنظر إلى الأضرار التي ستلحق الغير"

ثالثا ـ معيار المصلحة غير المشروعة

وهو المعيار الذي تناوله المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر بقولها " إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " و هو معيار قوامه البحث عن المصالح التي يتوخاها صاحب الحق من وراء استعمال حقه فإذا ثبت بأنها مصالح غير مشروعة ، اعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه ، ذلك لأن الحقوق إنما شرعت لتحيق المصالح المشروعة، ولا يمكن للمشرع أن يبيح استعمال الافراد لحقوقهم بغرض تحقيق مصالح غير مشروعة، ويجد هذا المعيار مجالا واسعا للتطبيقات القضائية في مجال العقود بصفة عامة، وعقود العمل بصفة خاصة[17] إذ كثيرا ما يلجأ أرباب العمل إلى تسريح بعض العمال تحت ذريعة عدم الحاجة إليهم، أو بسبب اكتظاظ العمال، في

الوقت الذي يكون غرضهم هو التخلص من بعض العمال الذين يضايقونهم في المطالبة بحقوقهم، وعادة يكونون ممن ينتمون للنقابات العمالية و من ذلك مثلا ما قضى به مجلس قضاء قسنطينة في قضية جمعت بين عامل ورب عمل، قام بطرد هذا العامل لأنه شارك مع زملائه في الإضراب مطالبين برفع الأجور[18]

والواقع أن هذا المعيار، وإن كان معيارا ماديا في ظاهره، لأن قوام تحققه هي المصالح غير المشروعة، وهي أمور مادية مجسدة وملموسة. إلا أنه معيار ذاتي في باطنه لأن الدوافع والبواعث النفسية هي التي توجه هذا الاستعمال نحو المصالح غير المشروعة، أي أن المعيار هنا مزدوج وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها " إن معيار المصلحة غير المشروعة إذا كان ماديا في ظاهره، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة[19].

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للنظرية

أثير جدل كبير بين فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لنظرية التعسف فمنهم من رأى بأنها صورة من صور الخطأ و تطبيق من تطبيقاته، و تبرير ذلك عندهم أن استعمال الحقوق العامة أو الخاصة يخضع لذات المبدأ، وهو أن الشخص وعند ممارسة هذه الحقوق يجب عليه التزام قواعد الحيطة و الحرص حتى لا يصيب الغير بضرر، و يتزعم هذا الاتجاه جمهور الفقهاء في كل من فرنسا و مصر، و اتجاه آخر ذهب للبحث عن أساس للتعسف بعيدا عن قواعد المسؤولية التقصيرية، ذلك لأن التعسف قد استمده المشرع العربي من فقه الشريعة الإسلامية وهو أكبر من أن يكون مجرد تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية و هما الاتجاهان اللذان سنتطرق لهما فيما يلي على أننا سنتطرق لموقف المشرع الجزائري بعد ذلك

أولا ـ الاتجاه الأول : التعسف صورة من صور الخطأ

يذهب الجمهور في كل من فرنسا ومصر[20] إلى أن التعسف ما هو إلا تطبيق لفكرة الخطأ، فيعد حسب رأيهم مرتكبا لخطأ تقصيري من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، كما يعد مرتكبا خطأ شبه تقصيري من يستعمل حقه دون قصد الإضرر بأحد، ولكن يستعمله بإهمال ودون تبصر ويقطة ودون احتياط . ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في نفس السياق أن " الأساس القانوني لنظرية التعسف ليس هو إلا المسؤولية التقصيرية ... و أنه لا حاجة لنا للقول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق تتميز به عن المسؤولية التقصيرية". و لتأكيد هذا الاستغناء يجري الدكتور عبد الرزاق السنهوري مقابلة بين معايير

التعسف و صور الخطأ، لينتهي إلى أن معيار قصد الإضرار بالغير يقابل الخطأ العمدي، ومعيار رجحان الضرر اللاحق بالغير عن المصلحة التي تعود على صاحب الحق يقابله الخطأ الجسيم، وتحقيق المصلحة غير المشروعة ، تقابل الخطأ غير الجسيم و بهذه المطابقة نجد أن لكل معيار من معايير التعسف ما يقابله من نظرية الخطأ[21].

والواقع أنه إذا كان لموقف الفقه الفرنسي ما يبرره في هذا المسلك لأن وجهة النظر هذه قد دفعه إليها ما تواترت عليه الأحكام القضائية للقضاء الفرنسي فى استناده لتقرير نظرية التعسف و محاربته للاستعمال التعسفي للحقوق على المادة 1382من القانون المدني الفرنسي وهي المادة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية[22] لأن المشرع الفرنسي لم يكن ينظم نظرية التعسف في قانونه المدني[23]. فلم يكن أمام القضاء الفرنسي – بعد اقتناعه بنظرية التعسف وانعدام النص المقرر لها – إلا الالتجاء إلى أحكام المادة 1382، ولم يكن يهمه آنذاك الالتفات إلى طبيعة التعسف بقدرما كان يهمه محاربته تحت أي إطار كان[24]، هذا الموقف تأثر به كذلك القضاء المصري في ظل القانون المدني المصري القديم، و لنفس السبب، أي خلو هذا القانون من نص يقرر محاربة التعسف . ثم ما لبث أن تبناه جانب كبير من الفقه المصري[25] في ظل القانون المصري الجديد بالرغم من تنظيم هذا القانون للنظرية، كنظرية عامة في المادة الخامسة منه، وبالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون من أن : "المشرع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، وإن كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها الى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ..."[26].

والواقع أنه و بالرغم من وضوح المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في اعتبار أن نظرية التعسف لا علاقة لها بالمسؤولية التقصيرية وأنها مستقلة عنها تمام الاستقلال، إلا أن جل الفقه المصري درج على اعتبارها صورة من صورها و تطبيق من تطبيقاتها[27].

ويرى الدكتور حسن كيرة في هذا الاتجاه الفقهي أنه يمتاز ببساطته ووضوحه من جهة و بأنه يحقق وحدة أحكام المسؤولية التقصيرية، سواء منها تلك المترتبة عن ممارسة الرخص و الحريات، أو تلك الناشئة عن استعمال الحقوق من جهة أخرى، كما يسهل أمر تحديد معيار التعسف، بالاكتفاء برده إلى

معيار الخطأ التقصيري المعروف، و هو الانحراف في سلوك الشخص عن سلوك الرجل العادي إذا وجد في ذات الظروف الخارجية مع إدراكه و تمييزه[28].

ثانيا ـ الاتجاه الثاني : التعسف فكرة مستقلة عن الخطأ

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه و إن كان لاعتبار أن التعسف هو صورة من صور الخطأ يحقق المزايا السابقة غير أن كل هذه المميزات، إنما تتحقق على حساب فكرة التعسف من جهة، وفكرة الخطأ نفسها من جهة أخرى، ذلك أن مركز صاحب الحق لا يجب أن يسوى بمركز من يمارس حرية أو رخصة، لأن الأول يكون في مركز ممتاز، يخول له الاستفادة به على سبيل الاستئثار والإنفراد، بينما الثاني يكون في مركز يتساوى فيه جميع الناس باستعمالهم نفس الحريات والرخص، على أن يتم التنسيق بينهم في هذا الاستعمال الجماعي بالتزام كل فرد قبل البقية بالعمل بتبصر و يقظة، بينما لا يلتزم صاحب الحق عند استعماله لحقه، إلا أن يهدف إلى ذات الهدف الذي من أجله منح له الحق، دون مناقضته، و إلا تحققت مسؤوليته كلما انحرف في استعماله لحقه عن الغاية التي شرع من أجلها الحق و لو التزم حدود اليقظة و التبصر، أي و لو لم تتحقق مقومات الخطأ[29] وهذا كاف فيما نرى للقول باستقلال نظرية التعسف عن نظرية الخطأ[30].

وما يؤكد هذا الاستقلال، أن الخطأ يقيم المسؤولية خارج دائرة المشروعية، بينما التعسف فيقيمها داخل نطاقها، أو بمعني آخر فإن الخطأ هو عمل غير مشروع في الأصل علي عكس التعسف، الذي يعد عملا مشروعا ابتداء، لكونه ينشأ عن حق يمارسه الشخص دون أن يتجاوز سلطاته و مضمونه[31]، ثم ينقلب إلى عمل غير مشروع، لا لذاته، ولكن إما بالنظر إلى النية التي صاحبت استعماله وهي قصد الإضرار بالغير، أو قصد الحصول على منفعة غير مشروعة، أو بالنظر إلى النتيجة المترتبة عليه، إما لانحرافها عما تقرر الحق له أو للأضرار الراجحة التي تصيب الغير، وبذلك يكون الفرق بينهما واضح ، إذ الخطأ فعل غير مشروع في ذاته، بينما التعسف فهو فعل مشروع في الأصل، بدليل أنه لو تجرد من قصد الإضرار أو من الأضرار الراجحة ، لرجع إلى سابق أصله من المشروعية[32].

والغريب في الأمر أن هؤلاء الفقهاء الذين يقولون بأن التعسف هو صورة من صور الخطأ سبق لهم و أن ميزوا بين التعسف و الخروج عن حدود الحق أو مجاوزته وهذا هو الخطأ أو على الأقل صورة من صوره، وكان مقتضى تمييزهم هذا أن يكون هناك فرق بين الخطأ والتعسف، وإلا فيكونون قد وقعوا في تناقض إذ ما الفائدة من التمييز بين الخروج عن الحق، والتعسف في استعماله، ما دام التعسف يساوي في النهاية الخطأ[33].

والواقع أنه لا يمكن فيما نرى ، تفسير التعسف بالخطأ، وذلك لاختلاف الفكرتين اختلافا بيّنا على نحو ما سبق وأن رأيناه، و كذلك لأن الخطأ، بالرغم من اعتماده كأساس للمسؤولية المدنية لأمد طويل، إلا أنه لا يزال مجهولا لم يتفق الفقهاء الى يومنا هذا على تقديم تعريف جامع مانع له[34]، بل أن صراعهم الطويل حول تعريفه انتهى إلي اتفاقهم على عدم تعريفه، وترك أمره إلي القضاء، ولذلك فإن أي تفسير للتعسف، بواسطة الخطأ يعد كما قال الفقيه ماركوفيتش من قبيل " تفسير المجهول بمجهول" و لن يزيد النظرية إيضاحا، بقدر ما يزيد الخطأ غموضا[35].

كما لاحظ بعض الفقهاء أن التعسف و بالإضافة إلى الدور العلاجي الذي يقوم به و يلتقي فيه مع الخطأ، فإنه يقوم بدور آخر و ينفرد به عنه، وهو الدور الوقائي أي تلافي الضرر قبل حدوثه، إذ أنه يجوز لكل من يعتقد بأنه سيتضرر من استعمال أي شخص لحقه أن يتقدم للقضاء لمنع هذا الاستعمال إذا كان من شانه أن يصيبه بضرر، وبذلك فقد يكون مشكل التعسف سابق عن مشكل المسؤولية التقصيرية و من تطبيقات ذلك ما قضي به مجلس قضاء عنابة بتاريخ 1981/02/17 تحت رقم 6/ 79 و الذي تتلخص وقائعه في أن جار شرع في بناء جدار في ملكه مما أعاق مرور المياه القذرة و جعلها ترجع إلى مسكن جاره فقضى المجلس بتأييد حكم صدر من محكمة عنابة يقضي بتهديم ما تم بناؤه من الجدار و إعادة الحال لما كانت عليه و هذا لتفادي ما قد يقع من أضرار في المستقبل[36].

خاتمة

ننتهي من هذه الدراسة بالقول أن المشرع الجزائري قد تجاوز كثيرا من الانتقادات الشكلية و الموضوعية التي واكبت تنظيمه لنظرية التعسف في المادة 41 من القانون المدني ـ قبل تعديله ـ و ذلك لما أعاد صياغة هذه النظرية و نقلها إلى المادة 124 مكرر، بحيث أنه لم يعد هناك قطع للتسلسل المنطقي للنصوص أي بين نصي المادتين 40 و 41 من القانون المدني، وقد أزال الشك حول مدى انطباق النظرية على الاشخاص الاعتبارية، خاصة إذا علمنا أن المادة 124 من نفس القانون قد تم تعديلها هي بدورها وذلك باستبدال عبارة "المرء" التي كانت في النص القديم بعبارة " الشخص"[37] التي جاء بها النص الجديد بما يفيد أن التعسف يتحقق بالنسبة للأشخاص الاعتباريين تماما كما يتحقق بالنسبة للأشخاص الطبعيين وأعاد التوافق بين النصين بالغة العربية و اللغة الفرنسية بحيث أزال عبارة "seul" التي كانت موجودة في النص باللغة الفرنسية، وفوق كل هذا وذاك فقد أعاد صياغة النظرية بحيث أن المعايير المنصوص عليها حاليا لم تعد واردة على سبيل الحصر، وإنما أصبحت واردة على سبيل المثال فقط،و ذلك لما نص

المشرع على أنه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية ... " فهذه العبارة تفيد بأن الحالات المذكورة ما هي إلا أمثلة عن الاستعمال التعسفي للحق و في ذلك ما يسمح للقاضي من استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع، و هو بذلك يسمح للقاضي بممارسة دوره الاجتهادي لمواكبة تطور المجتمع،ومحاربة الاستعمال التعسفي للحقوق سواء في صورة المعايير المنصوص عليها حاليا، أو حالات أخرى قد يكتشف عنها التطبيق في المستقبل. و لعل أهم ما جاء به المشرع في هذا التعديل هو حسمه بصفة صريحة لمسألة كثيرا ما أثارت جدلا فقهيا كبيرا و هي مسألة الطبيعة القانونية للنظرية، بحيث نص على أنه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ " و بذلك يكون قد أخذ بالرأي الذي يقول بأن النظرية ليست إلا تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

الهوامش

(1).وقد برر المشرع المصري اختياره لمكان النظرية بين النصوص التمهيدية للقانون المدني في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بما يلي " ... بيد أن المشروع قد أحل النص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ، ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ... فالنظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، و أنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، و إنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوزه إلى القانون العام .و لذلك آثر المشرع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما ، محتذيا مثال أحدث القنينات و أرقاها ... " أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري ص ،ص 31، 32،

(2).وقد أهمل المشرع الجزائري نقل المادة 4 من القانون المدني المصري و التي تنص على أنه " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما قد ينتج عن ذلك من ضرر يصيب الغير " و يبدو أن المشرع قد تأثر في ذلك بالرأي الذي انتقد المشرع المصري في تنظيمه لهذه المادة و حجتهم في ذلك انها لا تقرر إلا مبدأ معروفا بالبداهة، كما أنه أسقط من المعيار الأول عبارة "سوى " و أسقط من المعيار الثاني عبارة " البتة" و يكون بذلك قد أعطى للنظرية مجالا أوسع من المجال الذي أعطاه لها القانون المصري كما سنرى تأثير ذلك على النظرية لاحقا.

(3) - الدكتور فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، محاضرات مطبوعة ألقيت على طلبة الماجستير فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائري ،السنة الجامعية 1980-1981 ص 175 ثم يوضح هذا الموقف فيقول " و على فرض أن لفظ " التعسف " مبهم وواسع وغير دقيق، فإن الضوابط التي أوردها المشرع توضح ذلك الغموض و الإبهام ..."

(4) - أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ص ،ص 31، 32،

… ce que l' on peut , en revanche, reprocher aux « rédacteurs »du code (5)

Civil, c est d'avoir intégrer l'article 41dans le chapitre 1 intitule « des personnes physiques » ; laissant de la sorte implicitement supposer que les personnes morales – aux quelles est consacre le chapitre 2 – seraient exclues du champ d applications de la théorie de l abus des droits… »

Nour Eddine Terki , Les Obligations ; Responsabilité civile et Régime general.O.P.U 1982 p

(6) - الدكتور علي علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائرى , بحث منشور في مجلة الشرطة ، العدد 21 ، أفريل 83، ص.8

(7) - - خاصة إذا علمنا أن الفضل في وجود هذه النظرية في القانون الفرنسي، يعود بالدرجة الأساسية للقضاء الفرنسي الذي ابتدع النظرية عن طريق التوسع في تفسير المادة 1382 من القانون المدني التي تتناول المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية ، هذا القانون الذي جاء على أنقاض الثورة الفرنسية المتشبعة بالروح الفردية و التي يستحيل أن تقبل بنظرية مثل هذه، تحد من استعمال الحقوق الفردية، و هي التي كانت تحمل شعار تقديس الفرد و تقديس حريته و حقوقه

(8) - - الدكتور فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص . 176

(9) " s.il a lieu dans le seul but de nuire a autrui

(10) " s.il a lieu dans le but de nuire a autrui

(11) " Concéderont que s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu , autorisant le propriétaire d'user et d'abuser de la chose , cependant l'exercice de ce droit , comme celui de tout autre , doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime . que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspiré par la malveillance , accompli sous l'emprise d'une mauvaise passion ne se justifiant par aucune utilité personnel , et portant un grave préjudice à autrui"

أشار إليه الدكتور محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، معياره ، و طبيعته في الفقه و القضاء ، وفقا لأحكام القانون المدني المصري ، الهيأة المصرية العامة للكتاب 1979 . ص 313

(12)- و هو المصطلح الذي استعمله الدكتور بوبكر مصطفى في رسالته للماجستير تحت عنوان مجال التعسف في استعمال الحق و طبيعته القانونية في القانون الجزائري، من جامعة منتوري، قسنطينة ، 1991، ص 63و يبرر اختياره لهذا المصطلح بقوله " أردنا أن نتجنب به مصطلح "انهيار التوازن بين المصالح" الشائع الاستعمال عند شراح القانون المصري،

(13)- قرار صادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 1981/04/14مؤيدا لحكم صار عن محكمة عنابة بتاريخ 1979/04/25 و مما جاء في منطوقه " حكمت المحكمة بتاريخ 25 أفريل 1979 على المدعى عليهم ... بغلقهم للنوافذ الثلاثة المطلة على رواق المدعي، لتعسفهم في استعمال حقهم، الأمر الذي مكن بخار حمامهم، و بخار مراجله من الانتشار و التسرب إلى نزل

المدعي و ألحق مضرة و هدر ...." الدكتور بوبكر مصطفى، المرجع السابق،ص 64 . و الهامش رقم 2 منها

(14) - و يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ في هذا المجال بالقاعدة الشرعية التي تقضي بأن" الضرر الأشد يزال بالأخف" أو قاعدة " لا ضرر و لا ضرار "

(15)- أنظر الدكتور بوبكر مصطفى، المرجع السابق. ص .ص 65 .66

(16)- أنظر الدكتور معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني، منشأة المعارف الاسكندرية 1987 ،الجزء الأول ص 26

(17)- أنظر الدكتور بوبكر مصطفى :المرجع السابق ، ص . 67

(18)- قرار صادر عن مجلس قضاء قسنطينة , قضية رقم 83/21 بتاريخ 17 مارس 1984 ، منشور في مجلة نشرة القضاة ، العدد الرابع ، أكتوبر 1986 ص 81 و ما بعدها

(19)- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الأول ، ص .ص 210 , 209

(20) - أنظر على الخصوص في الفقه المصري الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام الجزء الأول ، دار التراث العربي، القاهرة. 1952 ص 842

- عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت. 1978 ، ص، 573

- الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزام ، المصادر غير الإدارية ، مطبعة رياض دمشق ، 1981 ص 99. و أنظر كذلك . النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1986. ص .83

- وأنظر في الفقه الفرنسي :

abus de droit , et la jurisprudence - Louis Dubouis la théorie de l administrative , librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris 1962 p , 229 , 231 . ,p

- H . et . L . Mazeaud et A . Tunk : leçons de droit civil tome 2 les obligations : théorie générale , biens , droit de propriété et ses démembrements édition Montchrestien , Paris 1956 p 651 -

(21)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص .ص 842 .843

(22) - « Tout fait quelconque de l'homme , qui cause a autrui un dommage , oblige celui par la faute duquel il est arrive a le réparer

(23) - و هو أمر مفهوم لأن هذا القانون جاءت به الثورة الفرنسية ، و أن هذه الثورة كانت مشبعة بالروح الفردية، و تقوم على تقديس الفرد و حرياته و حقوقه، و أنه من غير المعقول ان تنظم نظرية التعسف التي تهدف إلى الحد من الحقوق الفردية لمصلة الجماعة

(24) - On s'est moins occupé du fondement juridique de la règle . Il s'agit d'admettre une responsabilité ; L'abus parait suffisait pour la justifier . Ripert: la regle morale , op. cit . p. 158

(25) - أنظر الدكتور بوبكر مصطفى ، المرجع السابق ص 74 الهامش رقم 1.

(26) - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية .ص. 207

(27) - أنظر في عرض رأي هؤلاء الفقهاء الدكتور بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص 74 هامش رقم 1،

(28) - Hassan. Kira. L abus de droit en droit français , et en droit Egyptien, doctorat d état Université de paris 1952 p .185

(29) - فالشخص الذي يستعمل حقه دون قصد الإضرار ، ويترتب على هذا الإستعمال ضرر راجح يصيب الغير يسأل دون أن تتحقق بالنسبة له مقومات الخطأ .

(30) - الدكتور حسن كيرة : المدخل للعلوم القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الخامسة، ص .763

(31) - G . Ripert : L'exercice du droit de propriété , Thèse de Doctorat , Aix , 1902 , pp . 244 245 , cite par Louis dubouis op . cit p . 230

(32) - الدكتور فتحي الدريني : المحاضرات المطبوعة ، المرجع السابق ، ص 12

(33) - Hassan Kira : op . cit . p . 199-

(34) - فما وصل إليه الفقه اليوم في تعريفه للخطأ ، هو أنه انحراف فى السلوك عن سلوك الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسؤول ،و يرى في ذلك الدكتور محمد ميرغني خيري أن معيار الرجل العادي ،هو مقياس للخطأ و ليس الخطأ ذاته ،و هناك فرق بين مقياس الشيء ، و الشيء ذاته محمد ميرغني خيري " التعسف في استعمال الحقوق الإدارية " رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة : 1972، ص 23

(35) - أشار إليه الدكتور محمد ميرغني خيري، المرجع السابق ، ص 23

(36) - أشار إليه الدكتور بوبكر مصطفى، رسالته للماجستير ، المرجع السابق، ص 114

(37) - فعبارة "المرء " تفيد الشخص الطبيعي فقط بينما عبارة "الشخص" فتفيد الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي على حد سواء